

# Novas tendências do Direito Constitucional na Europa

Ángela Figueruelo Burrieza  
Maria Auxiliadora Castro e Camargo (trad.)

## Sumário

1. Introdução. 2. Evolução do conceito de Constitucionalismo. 3. O moderno Constitucionalismo europeu, os Direitos Fundamentais e os Tribunais Constitucionais. 4. O atual sistema europeu de Justiça Constitucional. 5. Particularidades do Constitucionalismo europeu. 6. Desafios do Constitucionalismo europeu do presente. 7. Conclusão.

## 1. Introdução

As modificações experimentadas pelo Direito Constitucional<sup>1</sup> dos últimos cinqüenta anos no ocidente democrático, principalmente a partir da Segunda Guerra Mundial, permitem que um elevado número de estudos dessa matéria fale sobre um Estado neconstitucional<sup>2</sup>. Não é pacífica a opinião da doutrina quando utiliza esse termo porque com ele se aludem a questões diferentes que, por um lado, contemplam os fenômenos evolutivos que tiveram influência no paradigma do Estado Constitucional e, por outro lado, com a mesma expressão “neconstitucionalismo”, faz-se alusão à teoria do direito que se ocupou dessas mudanças e lhes favoreceu com um balanço positivo<sup>3</sup>.

Não é nosso objetivo, numa breve exposição como a presente, esgotar ambos os aspectos. Por isso, considerando nossa ocupação no estudo do Direito Constitucional, centrar-nos-emos na análise das novas tendências da disciplina no continente europeu no âmbito indicado pelos textos consti-

Ángela Figueruelo Burrieza é Professora Titular de Direito Constitucional da Universidade do Departamento de Direito Público da Universidade de Salamanca.

Maria Auxiliadora Castro e Camargo é Procuradora Federal, especialista e mestre em Direito pela UFG e doutoranda em Direito Constitucional pela Universidade de Salamanca-Espanha.

Texto - com pequenas modificações - da conferência magistral proferida no dia 31 de agosto de 2005 no *Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey-Nuevo León*, México, nas seções do Foro “Neoconstitucionalismo y Estado de Derecho”.

tucionais aprovados depois do Segundo Conflito bélico mundial. As mais significativas podem ser: a Constituição italiana de 1947, a Constituição alemã de 1949, a Constituição portuguesa de 1976 e o texto espanhol de 1978. Também seguem esse paradigma a maior parte das Constituições de novo cunho aprovadas nos últimos anos nos países da Europa do Leste, parte do mundo antes liderada pela extinta U.R.S.S. Todos esses modelos se emolduraram no paradigma do modelo *neo-iuspositivista* do Estado Constitucional de Direito, que na Europa se caracteriza pela existência de Constituições rígidas e do controle de constitucionalidade das leis ordinárias<sup>4</sup>.

Não nos ocuparemos do modelo inglês que – embora pertença à primeira experiência de um Estado de Direito forte em que os poderes públicos estão submetidos à lei, não só na forma, mas também no que se refere aos conteúdos – dispõe de uma Constituição não escrita e flexível e permanece ligado à tradição do “common law”. O sistema do “rule of law” inglês inspirou todas as vicissitudes do Estado de Direito europeu, mas seguiu trajetórias evolutivas diferentes<sup>5</sup>.

Com o advento do Estado Moderno e com a conseqüente afirmação do princípio de legalidade, como norma de reconhecimento do direito positivo existente, produziu-se a primeira mudança de paradigma do Direito; a seguinte ocorreu na segunda metade do século XX com a submissão da legalidade às Constituições dotadas de um caráter rígido e hierarquicamente supra-ordenadas às leis, como normas de reconhecimento de sua validade<sup>6</sup>.

Pelo que foi dito, as condições de validade das leis mudam porque estas devem respeitar não só a forma de produção estabelecida nas Constituições, mas também os conteúdos dos princípios nelas reconhecidos. Isto é assim porque, no Estado Constitucional de Direito, as Constituições atuais, além de acolher as normas de produção normativa, estabelecem uma série de proibições e obrigações de conteúdo que podem afetar

tanto os direitos de liberdade como os direitos sociais. Esses conteúdos podem gerar lacunas que se não se preencherem pela ciência jurídica alteram o papel da jurisdição, que não pode ficar reduzido à aplicação da lei constitucionalmente válida, mas, sim, que deve efetuar um juízo de relevância emitindo censura e decretando sua invalidade se não se adaptar aos postulados constitucionais. Trata-se da dimensão pragmática da jurisdição desconhecida no velho *iuspositivismo* formalista (Cf. FERRAJOLI, 1999; 2003, p. 18 et seq.).

Contudo, é necessário reconhecer que a dimensão fundamental da lei, por estar submetida aos princípios constitucionais, incide também na democracia à qual limita e complementa. Os direitos reconhecidos nas constituições impõem obrigações e limitações à maioria política e aos operadores públicos e, além disso, convertem-se em garantias para todos contra os abusos do poder público que, erodindo os direitos, lesionam o método democrático<sup>7</sup>.

Em resumo, o atual constitucionalismo rígido dá completude ao Estado de Direito como o fazia o positivismo jurídico, já que não só os poderes públicos estarão sujeitos à lei, mas também o próprio poder legislativo, que antes era absoluto, estará submetido a uma norma de caráter superior que é a Constituição. Nela se encontram as razões das condições da existência do Direito e seu “dever-ser”, ou as distintas opções que presidem suas condições de validade.

As transformações institucionais (e o Direito Constitucional as sofreu) sempre surgiram das mãos das correspondentes mudanças culturais. As experiências jurídicas de cada momento histórico se manifestaram nas correspondentes filosofias jurídicas e políticas, por isso, o *iusnaturalismo* triunfou na época pré-moderna quando não existia um monopólio estatal na produção normativa. O *iuspositivismo* encontrou seu lugar depois do nascimento do Estado moderno a partir das codificações, e o constitucionalismo aprofundou suas raízes de-

pois da quase generalização universal da garantia jurisdicional da rigidez das Constituições<sup>8</sup>.

## 2. *Evolução do conceito de Constitucionalismo*

Os aspectos sobre a evolução do conceito de constitucionalismo, que com caráter geral expusemos, obrigam-nos a reconduzir as idéias em atenção a uma melhor clareza na exposição. O ponto de partida deve ser, necessariamente, o conceito de Constituição que sustentamos. Trata-se da “norma que define em um instrumento único ou codificado a estrutura política superior de um Estado a partir de determinada hipótese e com um conteúdo determinado”. Esta “última forma de organização do poder que existiu na história” surgiu no Ocidente no fim do século XVIII e seus dois marcos mais representativos foram os textos que se promulgaram pela ocasião da Revolução Americana até chegar à Constituição Federal de 1787, ainda vigente; e as que se aprovaram na Europa depois da Revolução Francesa (Cf. GARCIA DE ENTERRÍA, 1981, p. 49 et seq.; PÉREZ ROYO, 2003).

Esses paradigmas nos mostram uma origem popular, ou comunitária, com fundamento no pacto social e no postulado básico da auto-organização como fonte de toda legitimidade do poder e do Direito. Com evidente clareza se expressa o artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: “Toda sociedade na qual não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação de poderes não tem Constituição”.

A evolução que esse conceito de Constituição sofreu foi totalmente diferente nos dois lados do oceano Atlântico. Na Europa, tanto a direita como a esquerda utilizaram-se das idéias revolucionárias francesas de tal modo que, às monarquias restauradas, só restou a idéia que sustenta tratar-se de uma Codificação formal de um sistema político superior. O conhecido “princípio mo-

nárquico” e as “Constituições outorgadas” desvirtuam, assim, a idéia originária. A esquerda por sua parte, com fundamento na influência do Hegel e Marx, reduz a norma constitucional formal à estrutura do poder real que a sustenta. Assim, a Constituição escrita seria “uma mera folha de papel” e a Constituição real e efetiva estaria integrada pelas relações de poder que não costumam aparecer expressamente integrada no texto normativo.

Essas críticas conseguiram que, com o passar do século XIX, desaparecesse na Europa o conceito genérico de Constituição, que reapareceria de forma balbuciante na Constituição de Weimar em 1919, e se consolidaria depois da Segunda Guerra Mundial. Durante esse largo período de tempo, a Constituição deixa de ser uma norma com uma origem e conteúdo determinado suscetível de ser invocada em sede judicial, ficando limitada a constituir a exigência lógica da unidade do ordenamento jurídico. Seria, então, uma simples peça lógico-sistemática presente em qualquer Estado à margem do tempo, do espaço e dos conteúdos, ficando reduzida a um conceito formal e abstrato a teor das doutrinas positivistas dominantes (FIORAVANTI, 2001)<sup>9</sup>. Essa idéia de Constituição foi exposta com profundidade na teoria sustentada por K. Schmitt (1992) ao afirmar que o Estado não tem Constituição; qualquer Estado é Constituição.

O conceito de Estado abstrato que subjaze nessa teoria elimina os problemas-chave de toda organização política como são a legitimidade do poder, sua titularidade e seus limites (Cf. SCHMITT, 1992)<sup>10</sup>.

Já em 1927, H. Héller (1971, p. 95 et seq.) sustentou que era “verdadeiramente notável que nossos constitucionalistas nada sabiam dizer da proposição: o poder do Estado provém do povo”. Esse é o fundamento da teoria da Constituição.

O conceito de Constituição tem origem em uma corrente medieval que se cristaliza no fim do século XVIII e começo do XIX e que, depois das vicissitudes deste século e

do primeiro terço do século XX, voltou para o caminho correto, uma vez terminada a Segunda Guerra Mundial e com ela os totalitarismos imperantes em algumas nações do velho continente.

No começo, a idéia moderna e atual de Constituição adquiriu seu fundamento nos pactos entre o Rei e o Reino com a finalidade de limitar o exercício do poder (por exemplo o Bill of Rights inglês de 1688). A partir daí se entendeu por Constituição a capacidade do povo de decidir por si mesmo na hora de estabelecer uma ordem política determinada, fixando sua estrutura básica e seu funcionamento. Assim, no momento de fixar essa estrutura, o povo deve participar por meio de seus representantes, que serão seus agentes, mas não seus proprietários<sup>11</sup>.

O poder há de aparecer como uma construção da sociedade na qual o povo se reserva certas zonas de liberdade, de participação e de controle efetivo, com o objetivo de que esse poder jamais possa ser superior à sociedade, mas permaneça reduzido a ser seu instrumento. A Constituição como instrumento jurídico deve expressar o princípio da autodeterminação política comunitária, como pressuposto do caráter originário da mesma e do princípio da limitação de poder.

Esses dois princípios que já estavam reconhecidos no artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 continuam, atualmente, tendo plena validade.

O conceito de Constituição que defendemos permaneceu invariável para os constitucionalistas norte-americanos, desde a Constituição Federal de 1787, para os suíços e para os franceses que o recuperaram depois da Segunda Guerra Mundial (embora neste caso fosse necessário introduzir matizações exigidas pelo dogma da soberania parlamentarista tão arraigada nesse país europeu). Os italianos e os alemães o recuperaram ao final da Segunda Guerra Mundial; e os portugueses e espanhóis, em 1976 e 1978, respectivamente.

Desta forma, sustentamos, veementemente, que o princípio limitador do poder e o reconhecimento dos âmbitos de liberdade pessoal são o fundamento do moderno constitucionalismo. A liberdade é consubstancial à própria idéia do poder como relação entre homens e o conceito de um poder sem limites é contraditório com a idéia de liberdade. Por isso, é imprescindível que, quando se estabelecer uma forma determinada de poder, este venha limitado desde sua origem. Essa idéia se robustece quando, nas palavras de Rousseau (1979), a Constituição se apresenta como um contrato social. Diz o autor genebrino: “trata-se de uma forma de associação que defende e protege com toda a força comum a pessoa e os bens de cada associado e pela qual cada um, unindo-se a todos, não obedece, entretanto, mais que a si mesmo”. Essa técnica de decisão coletiva caminhou unida de forma indissociável ao pensamento iusnaturalista material sobre os direitos inatos ao homem e de caráter pré-estatal que o Estado deve respeitar, garantir e procurar fazer efetivos<sup>12</sup>.

O moderno constitucionalismo surge, então, como instrumento dessas idéias que hoje continua sustentando e defendendo. A tradição individualista européia, de base religiosa, que desconfia do Estado como potencial transgressor dos direitos humanos, e que por isso tem que ser limitado em seu poder, continua presente nessa teoria. Mas a idéia de uns direitos fundamentais que garantam a liberdade da pessoa humana, que participa do controle do poder político, converteu-se em um cânon universal. À margem desses conteúdos não haveria Constituições normativas, mas, sim, unicamente, textos constitucionais de caráter nominal ou semântico (Cf. LOEWENSTEIN 1970, p. 218, et seq.).

As Constituições normativas do Ocidente democrático configuram e organizam os poderes do Estado, estabelecem os limites do exercício do poder, reconhecem e garantem os direitos fundamentais dos cidadãos, os objetivos positivos e as prestações que o

poder está obrigado a cumprir em benefício da comunidade. Pois bem, nesse esquema a Constituição nos apresenta como a *norma jurídica que emana do povo, titular da soberania, que no exercício do poder constituinte decide elaborar uns preceitos vinculantes tanto para o Estado quanto para os cidadãos*. O verdadeiramente novo na evolução do moderno Estado Constitucional é a exigência de substituir o arbitrário governo dos homens pela segurança jurídica que confere o governo das leis. É a força vinculante bilateral da norma suprema (Ihering) o fundamento dessa “lex superior”<sup>13</sup>.

As razões que asseguram o caráter da Constituição, como norma fundamental e fundamentadora do ordenamento jurídico, são, principalmente, as seguintes:

1 – Nela se define o sistema de fontes formais do direito, quer dizer, não só as normas que existem em um determinado ordenamento jurídico, mas também a forma de produção e a preferência das mesmas para sua validade. A Constituição é a fonte das fontes, *norma normarum* ou, em outras palavras, a norma de produção.

2 – A Constituição cria e configura um sistema jurídico-político que nela se apóia tendo, em conseqüência, vocação de duração e permanência diante do caráter transitório com que nascem as leis ordinárias. Isso conduz à distinção entre um poder constituinte, do qual nasce a Constituição, cujo titular é o povo soberano, e os poderes constituídos e limitados pela própria Constituição: legislativo, executivo e judiciário. Daí se deduz, a princípio, o caráter rígido da norma constitucional que está dotada de uma “super-legalidade formal” ao exigir para sua reforma procedimentos mais agravados e difíceis do que para a modificação das leis ordinárias. Mas, essa idéia exige também o reconhecimento de uma “super-legalidade material” que assegura à Constituição

uma preeminência hierárquica ante o resto das normas elaboradas pelos poderes constituídos e limitados. Essas normas só poderão ser válidas se não confrontarem com o sistema formal de produção estabelecido na norma suprema e com o conjunto de valores materiais que a Constituição reconhece.

3 – Esse caráter de fonte do direito e fonte das fontes do direito subjacente nas verdadeiras Constituições normativas permite sustentar a necessidade imperiosa de um sistema de garantias para fazer efetiva a supremacia constitucional. A super-legalidade material garante, em última instância, a super-legalidade formal porque exige que qualquer norma que pretenda sair do marco constitucional tenha que ir precedida, para não ser declarada nula por inconstitucionalidade, de uma reforma constitucional<sup>14</sup>.

A idéia da Constituição como norma suprema é fruto do constitucionalismo norte-americano, como também o é a criação do sistema federal. A tradição inglesa sustentava a idéia de um “fundamental law”, mas a tradição da soberania parlamentar, e com ela a da imunidade judicial das leis que prevaleceu no século XVIII, mantém-se na atualidade.

Ao contrário, partindo do conceito de um direito natural superior ao Direito positivo, e inderrogável por este, os colonos americanos, em sua luta contra a Coroa inglesa, questionaram a violação de seus direitos individuais e coletivos. A rebelião, a pretexto da existência de “um direito mais elevado” que as decisões do Parlamento inglês, combateu as medidas fiscais que supunham um peso para os colonos, argumentando que qualquer lei contra a Constituição é nula e os juízes deveriam deixar de aplicá-la. O julgamento por tribunal e a aprovação do imposto foram os grandes protestos que nutriram a Revolução norte-americana e ambos os princípios são imutáveis, inclusi-

ve para as leis do parlamento, porque se apóiam em “the fundamental laws of this constitution, a constitution grounded of the eternal and immutable law of nature”<sup>15</sup>.

A tradição iusnaturalista européia é influenciada pelas doutrinas de Coke e de Locke nas quais se inspiraram os colonos para sua Revolução. O direito natural supõe um parâmetro normativo superior às leis positivas. Esse parâmetro que decide a validade das leis do Parlamento será moldado numa Constituição escrita, impondo a supressão da noção de soberania do órgão legislativo ordinário, cujas normas estão subordinadas à Constituição. Mas, além disso, a Constituição, norma escrita, dificilmente poderia ter defendido o “higher law” como garantia dos indivíduos se ao mesmo tempo não tivesse proclamado a faculdade dos juizes para declarar a inconstitucionalidade das leis “judicial review”. Surge a idéia da própria Constituição Federal de 1787 (Artigo VI, Seção 2), que reconhece que essa Constituição é o direito supremo da terra declarando a vinculação direta dos juizes a ela, de forma que os juizes só aplicarão as leis se forem conforme à Constituição. Esta, na qualidade de lei certa e fixa, contém a vontade permanente do povo e é o direito supremo da terra. Por outro lado, na Inglaterra, a vontade do Parlamento é transcendental e não tem limites.

O Tribunal Supremo dos Estados Unidos da América do Norte, na sentença “Marbury versus Madison” de 1803, obra do juiz Marshall, aperfeiçoa o sistema expresso na própria Constituição reconhecendo o poder dos tribunais e juizes para declarar nulas – apenas para efeitos de negar aplicação – as leis que contradigam o texto constitucional (Cf. SCHWARTZ, 1963).

Na Europa, as coisas aconteceram de forma distinta devido à prevalência do modelo monárquico que sustentou, até 1919, que a Constituição era um simples Código formal em que se articulavam os poderes estatais (norma política sem conteúdo jurídico).

Mas a Constituição de Weimar, depois da Primeira Guerra Mundial, cria um Tribunal ao qual se lhe confiará unicamente a resolução dos conflitos entre os poderes constitucionais e entre os entes territoriais próprios da organização federal. Também, em 1920, a Constituição austríaca acolhe as inovadoras idéias de Kelsen que este reformará posteriormente, em 1929. O jurista austríaco parte do sistema norte-americano, mas, em oposição à “judicial review”, introduz um sistema concentrado de controle no qual um único órgão (o Tribunal Constitucional) estará habilitado para declarar a inconstitucionalidade das leis. A este órgão deverão dirigir-se os juizes e tribunais que, na hora de realizar a função jurisdicional de julgar e fazer executar o julgado, carecem do poder de desaplicar as leis que considerem contrárias à Constituição. Assim, o órgão criado por Kelsen para velar pela constitucionalidade das leis não decide casos concretos, mas sim, unicamente, a incompatibilidade lógica entre a lei ordinária e a Constituição. A função não seria propriamente jurisdicional, mas, sim, de “legislação negativa”, o que leva Kelsen a sustentar que, até que o Tribunal Constitucional não se tenha pronunciado sobre a validade de uma lei, os operadores judiciais estarão obrigados à sua aplicação. Quando o alto Tribunal se pronunciar a respeito da inconstitucionalidade da lei, os efeitos serão “erga omnes”, como sucede com os atos legislativos, mas de ab-rogação. A Lei não será declarada nula “a radice”, mas, sim, unicamente anulável (as sentenças do Tribunal Constitucional possuem natureza declarativa e seu valor “ex nunc” e “pró futuro” difere substancialmente do original sistema norte-americano)<sup>16</sup>.

Os acontecimentos históricos fizeram fracassar o sistema *weimariano* de justiça constitucional, receptor das idéias do grande teórico K. Schmitt, sobretudo a partir de 1932 e do golpe de estado do Reich contra Prússia legitimado nos Regulamentos Presidenciais fundamentados no artigo 48 da

Constituição de Weimar, que encomendava sua defesa ao “poder neutro e moderador” do Presidente do Reich (arts. 130 e 46). Esse fracasso fez que a República Federal Alemã, assim como a Itália, Portugal e Espanha, junto com outros países que teriam sofrido a perversão do ordenamento jurídico e a ausência de liberdades individuais, adotassem, na segunda metade do século XX, o sistema *Kelseniano* de justiça constitucional, mas com novidades importantes<sup>17</sup>.

Na justificação do tipo de Constituições democráticas desenvolvidas na Europa na segunda metade do século XX, encontra-se a recepção das doutrinas de Schmitt, que sustentam que a constituição é democrática porque é querida pelo poder constituinte do povo soberano. Também se aceitam as idéias kelsenianas sobre o pluralismo social e político que abrigam as Constituições e que impede que alguém ocupe a totalidade do espaço de ação dentro do qual se movem as forças sociais e políticas, porque as empurra ao diálogo, ao compromisso, e ao reconhecimento mútuo.

Pois bem, o desenvolvimento concreto desses textos constitucionais europeus vigentes representa uma forma nova e inédita de reconhecer, primeiro, e superar depois, as doutrinas existentes previamente sobre a constituição democrática. Assim, a idéia francesa revolucionária do poder constituinte, reafirmada em Weimar em 1919, transforma-se para aproximar-se do conceito revolucionário norte-americano segundo o qual o poder constituinte não só cria a Constituição, mas também serve de fundamento para a ordem jurídica estatal de forma permanente, pressupondo um limite ao poder do legislador. (Neste sentido é proferida a sentença do Tribunal Constitucional espanhol 76/83, de 5 de agosto)<sup>18</sup>.

Em razão do exposto, devemos destacar que os regimes políticos europeus da segunda metade do século XX se configurarão como democracias constitucionais dotadas de uma norma suprema agasalhadora dos princípios fundamentais que caracterizam

o mesmo regime político. A legalidade constitucional não permite violar a Constituição em nome do poder constituinte do povo soberano (como acontecia no modelo radical *rousseauuniano*), mas tampouco uma negação incessante entre as forças sociais e políticas desenvolvida conforme às regras parlamentares do pluralismo social e político, e que podia ser considerasse legítima conforme ao modelo *Kelseniano*<sup>19</sup>.

### 3. O moderno Constitucionalismo europeu, os Direitos Fundamentais e os Tribunais Constitucionais

Na mudança de paradigma sofrida pelo atual constitucionalismo europeu, tiveram muito que ver as idéias vigentes em torno do significado e função desempenhada pelos direitos fundamentais. Estes, antes da Segunda Guerra Mundial, eram concessões legais voluntárias do Estado (doutrina positivista) e não, como acontece na atualidade, seguranças e garantias de uma ordem de valores que, em suas últimas características, é pré-estatal e, em conseqüência, independente do Estado. Eram normas programáticas não vinculantes concebidas na administração pública e alguns, como o direito à igualdade, liberavam o legislador. Atualmente são direitos vinculantes, diretamente aplicáveis pelos operadores judiciais, e, nos casos de serem desenvolvidos pelo legislador, as limitações que podem sofrer têm que fixar tanto o fim como as dimensões das mesmas. O denominado conteúdo essencial dos direitos fundamentais não pode ser violado e suas modificações exigem a modificação formal do texto constitucional, que em nenhum caso poderá afetar a dignidade humana que os legitima<sup>20</sup>.

No que diz respeito ao que foi mencionado, adquirem relevância especial as palavras de H. Krüger (1950, p. 12): “antes os direitos fundamentais só valiam no âmbito da lei, hoje as leis só valem no âmbito dos direitos fundamentais”, o que implica a idéia de uma Constituição como ordem de

valores indisponíveis para o legislador e, em conseqüência, a possibilidade de que os tribunais possam controlar o legislativo. Os Tribunais Constitucionais, no sistema de jurisdição constitucional concentrado, dirigem e guiam esse controle em colaboração com a magistratura ordinária.

Aqui radica o verdadeiro papel que hoje em dia se atribui à função judiciária. As competências formais dos órgãos do Poder Judiciário nos apresentam isso como órgãos de controle perante o Legislativo e o Executivo (todos eles poderes limitados), e como árbitros encarregados de resolver os conflitos entre órgãos estatais. O incremento da função de controle que as Constituições européias vigentes outorgam ao juiz, diante de outros poderes do Estado, implica novidade se a compararmos com os períodos históricos precedentes. Isso significa um aumento do poder dos juízes ante a administração e o legislador. Encontramo-nos, assim, diante de um fato indiscutível que se eleva ao *status* de garantia institucional com valor de direito fundamental e que, no núcleo duro dessas Constituições normativas, é considerado direito à tutela judicial efetiva, que permite a toda pessoa ir perante o juiz para reclamar contra todas as violações sofridas na esfera de sua liberdade pessoal por ações ou omissões dos poderes públicos e de particulares<sup>21</sup>.

O que se disse sobre a ordem ética de valores e suas pretensões de validade imediata servem também para a ordem política em sentido estrito; quer dizer, para a defesa da democracia, do sistema parlamentarista de governo, para o princípio de divisão de poderes, para a defesa dos postulados em que se divide a fórmula do Estado, ou para a proteção do sistema de distribuição territorial do poder político. Embora essa ordem política, de acordo com a natureza das coisas, não esteja provida de garantias invioláveis na medida em que estão os direitos fundamentais, *tanto o legislador ordinário, como o legislador constitucional* (nos casos de reforma da norma suprema), *ficam vincula-*

*dos a estes princípios e subordinados ao controle jurídico dos Tribunais*<sup>22</sup>.

Por que, depois da Segunda Guerra Mundial, as Constituições de novo cunho na Europa encomendaram a função de guarda constitucional ao Poder Judiciário? Aludimos ao reconhecimento da existência e vigência jurídica de uma ordem de valores morais anterior ao direito legislado que marca o abandono do positivismo legalista e a perda da crença na onipotência do legislador estatal. Diz H. Jahrreiss ([19 – ?], p. 44) que “é um retorno da idéia da lei como prévia ao direito à do direito como prévio à lei”.

Essa ordem de valores anterior ao direito pertence à ordem das crenças que abrangem o que conhecemos com o nome de cultura ocidental e durarão no tempo tanto quanto dure referida cultura.

Pois bem, esses valores moldados nas Constituições obrigam por igual a todos os poderes públicos – em especial ao legislador – e aos cidadãos. Mas, no caso de violações, e quando se apresentem dúvidas, a última palavra corresponde ao juiz. A desconfiança dirigida ao poder legislativo se deve, principalmente, ao fato da mudança da relação do homem com a lei. Dá a sensação de que a Lei – em outro tempo escudo da liberdade e do direito – converteu-se no momento presente em uma ameaça para esses bens inestimáveis. O liberalismo e o constitucionalismo primitivos demonstravam sua fé no legislador e desconfiavam do juiz porque este tinha estado a serviço do Príncipe no Estado Absolutista. Por isso, explica-se o empenho em vincular-lhe à letra da lei como garantia contra o arbítrio da autoridade. Para que tal objetivo se cumprisse, eram necessários dois requisitos: 1) a lei devia ser a norma geral e abstrata do comportamento humano, um mandato orientado em função da justiça, e não a expressão de uma vontade orientada a um fim; 2) a melhor garantia de proteção da justiça das leis radicava na entrega da função legislativa ao Parlamento, integrado pelos representantes do povo, que, por meio da discussão

no exercício de suas funções, elaboravam essa norma geral e abstrata submetidos unicamente a sua consciência, e colaborando nessa tarefa com outras Câmaras e a Coroa (Cf. ARAGÓN REYES, 1987; FIGUERUELO BURRIEZA, 1983; GÓMEZ SÁNCHEZ, 1986; KELSEN, 1977; MANZELLA, 1977; SANTAOLALLA LÓPEZ, 1984; SOLÉ TURA; APARICIO, 1984).

Essas conjecturas não ocorrem na realidade atual no seu sentido original. A lei, enquanto norma geral e abstrata, ordenadora do comportamento humano, não se encontra no primeiro plano da realidade legislativa. No moderno Estado Prestacional, a lei passou a ser um “ato de conformação política orientado a um fim (...) medida determinada para superar uma determinada situação totalmente concreta para resolver conflitos a curto prazo de grupos de interesses contrapostos”. Entretanto, os atos de direção política estão submetidos também ao valor da justiça. Até mesmo os parlamentos contemporâneos experimentaram mudanças em sua posição e estrutura. Surgem, então, os mandatos não independentes – ou seja, vinculados aos partidos – e, com eles, o perigo do absolutismo da maioria da Câmara e dos Grupos Parlamentares dominantes em seu seio. Isso conduz ao quebrantamento da confiança na objetividade e na neutralidade dos órgãos legislativos, que se vêem submetidos também a pressões extras parlamentares e a um aumento da carga de trabalho que dificulta o cuidado e a reflexão na elaboração das leis com o grau de justiça que seria desejável no “produto lei” (Cf. BACHOF, 1963, p. 35 et seq.; PIETRO SANCHÍS, 1998).

Todas essas mudanças se originaram, em parte, pela evolução e desenvolvimento das relações sociais e pelas pretensões crescentes de uma cidadania que põe todas suas esperanças no Estado garantidor da “procura existencial”<sup>23</sup>.

Esse desenvolvimento inevitável necessita de um contrapeso que se preocupe de que os valores superiores do ordenamento

jurídico constitucionalmente reconhecidos estejam plenamente garantidos. Tem que ser uma instância que decida com a maior objetividade e autoridade possível se, num determinado conflito, esses valores ficaram ileso ou não, e, em tal caso, ordenar que se restabeleça a paz perturbada. Essa instância deve ser o juiz, trata-se de uma força não comprometida politicamente que não participa da legislação, nem está submetida a seus controles, pois uma instância de controle que fosse juiz e parte seria contraditória.

O órgão encarregado de julgar, formado por pessoas versadas em direito e que goza da independência de que se dota ao juiz quando está vigente o princípio de separação de poderes, é um Tribunal. Mas, essa função de controle deve ser exercida pelos Tribunais ordinários, com o resto de suas funções próprias, ou deve ser encomendada a órgãos especializados e criados expressamente para o exercício desse trabalho? Na Europa, atualmente, considera-se que essa função tão cheia de responsabilidade, assim que suporta a interpretação da Constituição e a proteção de seu sistema de valores, deve ser encomendada a uma instância especializada, formada por pessoas de creditada experiência em questões jurídicas e na prática constitucional. O órgão deve estar dotado de certo caráter representativo (ainda que seja indiretamente), que lhe permita decidir com caráter vinculante questões com grande transcendência política, embora a forma de resolvê-las requer, sem dúvida, o método jurisdicional<sup>24</sup>.

Esses órgãos recebem o nome de Tribunais Constitucionais e se consideram os supremos, mas não únicos, intérpretes constitucionais. São os órgãos de fechamento do sistema jurídico-político que as Constituições configuram e supõem a culminação do Estado de Direito. Com eles colaboram, na hora de depurar o ordenamento jurídico conforme ao cânon constitucional, os juízes e tribunais ordinários, mas no bom entendimento de que o monopólio do afastamento

das normas inconstitucionais com caráter de lei corresponde ao Tribunal Constitucional. Sem embargo, os argumentos jurídicos dos juízes ordinários podem evitar os monólogos do Alto Tribunal e ajudar ao avanço do desenvolvimento concreto dos postulados constitucionais, junto a quem defende seus interesses particulares nos processos ordinários que os juízes devem conhecer (Cf. PÉREZ ROYO, 1988).

#### 4. O atual sistema europeu de Justiça Constitucional

Na atualidade, a maior parte das Constituições vigentes no velho continente europeu se inclinaram por adotar o sistema de controle de constitucionalidade de raízes kelsenianas. Os Tribunais Constitucionais se configuram como órgãos “ad hoc”, separados e à margem da jurisdição ordinária, que se encarregam de uma jurisdição especial encaminhada a efetuar o controle de constitucionalidade das disposições e atos com força de lei emanados dos distintos órgãos estatais dotados de competências para isso. As competências que se atribuíram aos diversos Tribunais Constitucionais são distintas em número e denominação mas, em geral, podem ser agrupadas em três blocos temáticos:

1 - Depuração do ordenamento jurídico expulsando dele as normas imediatamente subordinadas à Constituição que contradigam a norma suprema. O controle da legalidade das normas inferiores à lei é competência da jurisdição ordinária.

2 - Defesa do conteúdo essencial dos direitos fundamentais contra os atos de poder que violem os postulados constitucionais que os consagram, e

3 - Resolução dos conflitos gerados por causa da descentralização do poder político sobre a base das entidades territoriais. Conflitos que são possíveis também entre órgãos constitucionais do Estado que nas-

cem da Constituição e nesta norma suprema encontram sua natureza e funções.

No exercício de todas essas competências, o Tribunal Constitucional atua como um verdadeiro árbitro implementado pelo poder constituinte soberano a serviço da Constituição como norma suprema e com a finalidade de velar para que os poderes constituídos e limitados respeitem seus conteúdos e encargos. A consolidação da justiça constitucional exacerbou a força normativa da Constituição porque o atual Estado Democrático de Direito tem fundamento na exigibilidade jurídica dessa norma. Com isso, a chamada *juridificación* da vida política e do conflito social latente encontra nos Tribunais Constitucionais um instrumento essencial, embora não exclusivo, de garantia do respeito à Constituição por parte dos poderes públicos e dos particulares<sup>25</sup>.

Pelas razões expostas, verifica-se que o impacto da justiça constitucional na Europa é considerável. A teoria da Constituição atualmente gira, sobretudo, em torno dos critérios hermenêuticos empregados pelo juiz constitucional quando resolve os conflitos que lhe são expostos. Por meio da interpretação, os supremos defensores das Constituições colaboram, quando exercem suas competências, com a adequação da norma suprema à realidade social e política. Embora essa via não possa ser utilizada para suplantar o poder legislativo por um método jurisdicional, a interpretação jurídica realizada pelo Tribunal Constitucional deve perseguir a resolução dos conflitos, no marco constitucional, para depurar o ordenamento jurídico e assegurar a maior eficácia possível sobre o corpo social dos valores constitucionalizados. As metas desses Tribunais são: o exercício de uma função integradora do ordenamento jurídico e o fortalecimento do sistema democrático mediante a reivindicação dos valores constitucionais. Seu êxito depende da prudência e do rigor jurídico com que tais tribunais operem (Cf. RUBIO LLORENTE, 1993).

Embora o balanço da atualidade jurisdicional dos Tribunais Constitucionais seja altamente positivo, os riscos que a justiça constitucional deve continuamente superar são bem conhecidos. Desde o fim da Primeira Guerra Mundial, de forma periódica surge a crítica caluniadora do trabalho da justiça constitucional sobre a base da possível tensão suscitada entre política e direito, ou seja, à resolução de conflitos políticos com métodos jurisdicionais. Na seqüência, suscita-se o problema das fontes que utiliza o Tribunal Constitucional para obter os critérios de decisão se sua intervenção se produzir diante de uma eventual insuficiência do texto constitucional. Qual é, pois, a origem e o fundamento desse formidável poder que permite aos Tribunais Constitucionais complementar a Constituição, construindo conceitos novos que nem sequer estavam na mente do poder constituinte? Qual é a fonte ou a legitimidade democrática de dito poder?<sup>26</sup>

A crítica conservadora, cujo melhor representante foi K. Schmitt, nega as possibilidades da justiça constitucional porque, em sua opinião, não transforma o Estado em jurisdição, mas sim, ao contrário, converte os Tribunais em instâncias políticas. Não *juridifica* a política, mas sim *politiza* a justiça. Em sua opinião, a política não tem nada a ganhar, e a justiça tem muito que perder. Citado autor nega que a decisão sobre o conteúdo de uma lei tenha caráter jurisdicional sob o fundamento de que a Constituição não é matéria de decisão judicial, mas, sim, de decisão política do legislador. Afinal, os Tribunais Constitucionais se distinguem – assinala – como uma segunda Câmara.

Em oposição ao Tribunal Constitucional idealizado por Kelsen, Schmitt propõe o Presidente do Reich como defensor da Constituição já que, em virtude do artigo 48 da Constituição de Weimar, concentram-se em suas mãos todos os poderes para exercer a “ditadura constitucional”. O fundamento encontra-o Schmitt (1983) em seu conceito de Constituição como decisão fundamental

prévia à Lei Fundamental que conforma o povo em uma comunidade política concreta. Essa é a tese de um grande sofista (cético sobre o conhecimento da verdade democrática) que, na prática, conduziu a dissolução constitucional do sistema de Weimar<sup>27</sup>.

Contrariamente à crítica conservadora, a avaliação das esquerdas coloca a decisão criadora não na Ditadura do Executivo, mas, sim, na Assembléia ou no Partido. A Constituição como norma jurídica abstrata e intemporal não se pode colocar por cima dessa instância suprema que é a Assembléia. Assim, se a crítica conservadora tinha fundamentos fascistas, a crítica das esquerdas os tinha jacobinistas. O princípio deliberativo de raiz jacobina nega a legitimidade de um Tribunal que possa anular, por inconstitucionais, as normas emanadas de uma Assembléia. Por isso, invoca argumentos secundários como o de que o Direito é um instrumento de conservação e não de mudança. O Tribunal Constitucional seria um muro de contenção contra as mutações normativas que apenas devem realizar as Câmaras ou Parlamentos; seria um “colégio” aristocrático e frio, diante das Câmaras irracionais, apaixonadas e improvisadoras que legitimam a democracia, por ser a representação da vontade do povo.

Nos Estados Unidos da América do Norte, os inventores da “judicial review” também criticaram o “governo dos juizes”, ao sustentar que carecem de legitimidade democrática, que não são responsáveis e que não dispõem de capacidade de resposta para as demandas sociais atuais. Essas críticas foram benéficas, no seu tempo, porque permitiram depurar os limites da “judicial review” e dirigi-la principalmente para a proteção dos direitos fundamentais, abandonando o terreno escorregadio dos temas econômicos. Mas, nunca um ativismo judicial acarretou tão benéficas conseqüências como as produzidas em razão do trabalho realizado pelo Tribunal WARREN que operou a maior revolução social ocasionada na América do Norte<sup>28</sup> (Cf. EISENMAN;

HAMON, 1961, p. 231 et seq.; GASTON-MARTIN, 1949).

Mas, também em território europeu, criticou-se a justiça constitucional como o fez a França. Neste país, berço da Revolução que transformou a Europa, continuou-se mantendo um modelo político de defesa da Constituição. A cada certo tempo, tomam evidente importância os receios contra o poder dos juízes e despertam-se instintos de raiz jacobina. A tentativa de fazer aflorar uma incipiente justiça constitucional, depois da reforma de 1974, que permite ao Conselho Constitucional Francês (órgão de natureza política colaborador do Parlamento) conhecer da possível inconstitucionalidade das leis impugnadas por um número mínimo de sessenta parlamentares, despertou os protestos de vozes autorizadas da doutrina francesa que denunciam a usurpação do poder legislativo pelos componentes de um órgão não democrático que efetua uma censura suprema sem outorgar as garantias tradicionais das altas jurisdições, dominando o conjunto do edifício político francês (Cf. LACHARRIERE, 1980, p. 133-150).

Em resposta a essas objeções, diz o Dr. García de Enterría (1981, p. 175) que “o Tribunal da História não só tem absolvido a justiça constitucional de ditas acusações mas também a afiançou como uma refinada técnica do governo humano”.

Entre os argumentos utilizados para atacar o sistema europeu de justiça constitucional, encontra-se também a acusação de que subverteu o princípio da divisão de poderes ao considerar o poder judicial como controlador dos outros dois. Mas sobre esse particular se demonstrou que a limitação sofrida pelo Governo e pelo Parlamento é uma correção necessária para tentar restabelecer o equilíbrio depois do aumento de funções que nos últimos tempos afetaram aos poderes legislativo e executivo. Os Tribunais Constitucionais, embora sejam o órgão de cúpula de nossos sistemas jurídico-políticos, não são órgãos soberanos no plano constitucional; dessa forma, apenas atu-

am repressivamente e carecem de iniciativa própria para a configuração política. Só atuam a requerimento dos entes legitimados (poderes públicos ou cidadãos) quando devem resolver as questões que a Constituição ou as Leis lhes atribuem. Além disso, quando, depois de ter superado o filtro dos Tribunais Constitucionais, os atos dos poderes controlados são declarados conforme à Constituição, produz-se um fortalecimento indubitável da autoridade democrática objeto de controle<sup>29</sup>.

Tampouco podemos aceitar, sem sólidos argumentos, que o poder judiciário seja antidemocrático. O juiz é poder público – órgão do Estado –, como todos os que a norma suprema configura. Ao Parlamento, é certo, escolhem-no os cidadãos mas sempre tendo em conta a intervenção dos partidos políticos. O juiz pode não ter legitimidade representativa na origem, mas tem legitimidade funcional ou de exercício porque administra justiça “em nome do povo” (aplicando de forma exclusiva, íntegra e obrigada as normas emanadas democraticamente), da mesma forma que o faz também o Parlamento quando promulga leis e o Governo quando governa. Pois bem, o Poder judiciário deve permanecer em contato com a opinião pública, em um diálogo permanente sobre o valor da justiça que administra ou dos erros de sua jurisprudência. Nesse “diálogo” encontramos a oportunidade especial do juiz e coloca-se à prova sua aptidão para o exercício do trabalho que lhe é encomendado (Cf. PÉREZ ROYO, 2003, p. 100 et seq.).

Outras objeções sublinham o perigo de politização da justiça, posto que não se pode negar que os Tribunais Constitucionais, em grande medida, resolvem conflitos políticos formulados sob forma jurídica. Faz anos que W. Wengler (1956, p. 40 et seq.)<sup>30</sup> destacou que “o caráter político de um ato não exclui um conhecimento jurídico do mesmo, nem o resultado político de dito conhecimento lhe despoja de seu caráter jurídico”. O ser humano está dotado de subjetividade, e

como tais também o estão os juízes; mas o juiz experiente deve conhecer os perigos conseqüentes dessa circunstância e saber eliminá-los. O enfrentamento de distintas opiniões, o diálogo necessário com a opinião pública... pode ajudar a garantir um maior nível de objetividade.

Se nos fixarmos nos conteúdos das Constituições, verificaremos imediatamente sua amplitude material. Na atualidade as normas supremas não só indicam ao legislador a forma de produzir o direito, mas também lhe marcam e delimitam o campo de atuação predeterminando amplas esferas de regulação jurídica, ajustando-se aos cânones dos valores democráticos. Ocasionalmente, assim, um transbordamento constitucional devido à imersão da Constituição, como portadora de valores democráticos, em todas as esferas do ordenamento jurídico. Isso dá lugar a que os operadores públicos não acedam à Constituição via legislador, mas sim o façam diretamente e de forma permanente, porque na atualidade é difícil encontrar um problema jurídico sério que careça de relevância constitucional. Para a resolução desses problemas, as normas supremas contêm regras diferentes das normas ordinárias porque incorporam valores, princípios e um elevado número de conceitos jurídicos indeterminados (Cf. JUAN MORESO, 2003, p. 99-122; PIETRO SANCHÍS, 1998, p. 47 et seq.). Diz Ferrajoli (1999) que a sujeição à lei será sempre válida quando for coerente com os postulados constitucionais. O juiz constitucional deve ser consciente do trabalho especial que lhe toca desempenhar dadas as circunstâncias que se desprendem de suas decisões. Assim, as regras que deve aplicar não aparecem na norma suprema em uma formulação perfeita e claramente viável do ponto de vista da técnica jurídica, mas, sim, devem desenvolver-se por meio dos princípios jurídicos fundamentais ou do complexo conjunto relacional da Constituição. Nas hipóteses de conflito entre Direito e Política, o juiz só está vinculado ao Direito (Cf. BACHOF, 1963, p. 58).

Na ordem prática, somos conscientes de que nem o Parlamento, nem os partidos políticos, nem o povo soberano aceitariam nunca um órgão das características do Tribunal Constitucional, que, na hora de resolver os conflitos que lhe competem (todos de natureza constitucional), fizesse-o sob critérios estritamente pessoais. Unicamente se exercerem suas funções como supremos intérpretes da Constituição terão autoridade para que a comunidade os aceite e legitime no exercício de seu formidável poder. A superioridade de sua função arraiga na natureza da norma que tem que defender. Se se romper a conexão entre Constituição e Tribunal Constitucional, este restará deslegitimado.

Em conclusão, uma Constituição sem um respectivo Tribunal Constitucional que imponha sua interpretação e garanta a efetividade da mesma nos casos conflitivos será uma “norma suprema” ferida de morte que liga sua sorte à do partido no poder, o qual, em caso de conflito, pela via de fato, dará a interpretação que em cada momento lhe convier. Por isso o órgão constitucional – ao qual o poder constituinte soberano do povo encomendou a defesa da Constituição – deve demonstrar sempre a legitimidade de sua existência em função do exercício da atividade jurisdicional de defesa, respeito e aplicação da norma que aplica e, em última instância, interpreta. Só assim o Tribunal Constitucional funcionará como um extraordinário instrumento de integração política e social na sociedade a que serve; e disso dão bom exemplo os países europeus que implementaram esse sistema de justiça constitucional.

##### *5. Particularidades do Constitucionalismo europeu*

As novas tendências do constitucionalismo na Europa parecem reclamar, necessariamente, uma nova teoria do Direito que se afasta bastante dos esquemas do positivismo teórico. As peculiaridades a destacar nessa nova teoria são:

1 - A existência de mais princípios que regras ou o valor superior dos primeiros sobre as últimas.

2 - Na atuação judicial se dá um procedimento antes de ponderação que de submissão.

3 - A onipresença da Constituição em todas as áreas jurídicas e em todos os conflitos relevantes.

4 - O caráter extensivo da atuação judicial em lugar da autonomia do legislador ordinário.

5 - Coexistência de uma constelação plural de valores que às vezes entram em contradição, em lugar de uma homogeneidade ideológica em torno de um conjunto escasso de princípios coerentes entre si<sup>31</sup>.

Talvez encontremos o detonante principal na tão reconhecida crise da Lei à qual se deve não só a existência de uma norma jurídica superior - a Constituição -, mas também outros fenômenos desenvolvidos na segunda metade do século XX, como são: o processo de unificação europeia, o desenvolvimento das autonomias territoriais, a revitalização das fontes sociais do Direito, a perda, como já dissemos, das condições de generalidade e abstração por parte da Lei, etc.

Ao ser, a Constituição, uma norma jurídica presente em todo tipo de conflitos, no constitucionalismo desemboca a onipresença judicial. Além disso, a norma suprema inclui orientações das mais heterogêneas esferas que, por estar confiadas à garantia jurisdicional, fazem com que o legislador perca autonomia. Embora a lei não seja uma simples execução do texto constitucional, este impregna qualquer matéria de regulamentação legal que deve ser judicialmente analisada em sua aplicação, à luz da Constituição. Tampouco se pode esquecer que os textos constitucionais incluem princípios em abundância que não estão dotados de traços comuns e coerentes, ao revés, muitas vezes aparecem como contraditórios no que se refere ao exercício da liberdade. O esque-

ma de valores que mantêm em ocasiões é diferente e eventualmente se produzem tensões entre eles. Essa circunstância foi descrita por Zagrebelsky (1995) como dissociação entre os direitos e a justiça.

A aparente antinomia que descrevemos desaparece assim que constatarmos que os princípios constitucionais preponderam sobre as regras e que as normas constitucionais são, em sua maioria, princípios. As normas contidas nas Constituições vigentes, quando entram em conflito entre si, operam como o fazem os princípios. *Vejam os*: quando duas regras entram em conflito, ou uma delas não é válida ou uma opera como exceção da outra. Mas, se o conflito se dá entre dois princípios, ambos continuam sendo válidos, embora nesse caso concreto um prevaleça sobre o outro. Nessa situação nova, muitos autores falam sobre uma nova teoria da interpretação jurídica quando o objeto de interpretação se tratar de princípios. As peculiaridades nesse caso são mais quantitativas que qualitativas, porque, ao disporem, as Constituições, em grande escala, que as leis das normas chamadas princípios deverão utilizar-se de umas ferramentas distintas para sua interpretação, conduzirão, por sua vez, a uma revisão da Teoria das Fontes do Direito menos *estatalista* e formalista e mais atenta ao nascimento de novas fontes sociais. Exige-se, pois, mais ponderação que submissão na tarefa de interpretar as normas (Cf. PIETRO SANCHÍS, 1998, p. 137-158; 2003a, p. 175-216).

Entende-se ponderar como a busca da melhor decisão quando, na hora de resolver um conflito, concorrerem na argumentação razões justificadoras contraditórias e que, além disso, tiverem o mesmo valor. Esse método permite resolver certo tipo de antinomias ou contradições normativas quando as mesmas não puderem ser resolvidas mediante os critérios clássicos: hierarquia, temporalidade e especialidade. Os dois primeiros não são aplicáveis nos conflitos constitucionais porque estes se produzem no seio da mesma norma. Mas, sim, pode-se aplicar

o da especialidade nos casos como, por exemplo, ocorre na Espanha com o artigo 57,1 da C.E., que, na hora da sucessão da Coroa, prefere-se o varão à mulher (norma especial que contradiz *in malam partem* ao mandato geral de igualdade diante da Lei sem discriminação de sexo, reconhecida no artigo 14 constitucional). Isso, sem falar que tal especialidade vem-se revelando manifestadamente como carente de justificação jurídica.

Há também casos em que não se pode aplicar o critério da especialidade, como são os de antinomias entre princípios. Isso ocorre diante da presença de direitos incondicionais e indestrutíveis cuja observância não está submetida a nenhuma condição, mas que podem ser derrotados em certos casos. Esses conflitos constitucionais suscetíveis de ponderação não respondem a um modelo homogêneo assim como tampouco o fazem os princípios. Também encaixam na classificação de princípios as diretrizes ou mandatos de otimização que se caracterizam pela particular estrutura do dever incorporado, quer dizer, a obrigação de seguir uma conduta que se pode levar a cabo de distinta maneira ou com distinta intensidade. A ponderação é necessária porque, para determinar o grau de cumprimento do princípio, depende de distintas circunstâncias e da efetiva presença de outros princípios em conflito (Cf. ALEXY, 1993, p. 81 et seq.).

Assim, esses conflitos que requerem de ponderação para sua resolução se caracterizam porque:

A – ou não existe uma superposição das hipóteses de fato das normas, o que impede catalogar os casos em conflito; ou, embora fosse possível identificar as condições de aplicação, concorrem mandatos que mandam observar de forma simultânea distintas condutas na maior medida possível.

B – o caráter constitucional dos princípios em conflito faz que a antinomia não se possa resolver declaran-

do inválida alguma das normas, mas tampouco contempla a uma das normas como exceção permanente à outra.

C – a solução desses casos na prática se definirá ou pelo triunfo de uma das normas em conflito, ou pela busca de uma solução que possa dar satisfação às duas. Somente assim, por exemplo, em um ordenamento jurídico, poderão conviver a liberdade pessoal e a tutela da segurança pública, o direito à honra e a liberdade de expressão, a igualdade formal e material, o direito de manifestação e a proteção da ordem pública, etc.

Em resumo: quando se dão conflitos constitucionais nos quais não se pode aplicar o critério da especialidade, utiliza-se o método da ponderação. Diante de um caso concreto, o juiz encontra razões de sentido contraditório e não pode resolver a questão declarando inválida alguma regra constitucional, nem afirmar tampouco que alguma delas deve ceder sempre em presença da contrária, pois isso importa estabelecer uma hierarquia que não está na Constituição. O pronunciamento judicial que cabe formular é o de uma preferência condicionada, traçando uma hierarquia axiológica na qual fica evidente, no caso concreto de que se trata, que deve triunfar uma das razões constitucionais em conflito, não descartando a preeminência da contrária em outro caso distinto.

Trata-se de enunciados racionalmente necessários para resolver, nos casos concretos, conflitos entre princípios do mesmo valor ou hierarquia. Isso conduz a uma exigência de proporcionalidade que implica estabelecer uma ordem de preferência relativa ao caso concreto. O Tribunal Constitucional espanhol tratou a respeito, na Sentença 320/1994:

“Não se trata de estabelecer hierarquias de direitos nem prevalências ‘a priori’, mas sim de conjugar ambos os direitos ou liberdades a partir da

situação jurídica criada, ponderando e pesando cada um deles em sua eficácia recíproca”.

Embora tenhamos dito que a ponderação é o método alternativo à subsunção, seguindo a L. Pietro Sanchís (2003b, p. 151 et seq.), sustentamos que se opera em fases distintas da aplicação do direito. Se não houver um problema de princípios, o juiz *subsume* o caso concreto no descrito pela lei, e resolve sem necessidade de ponderar. Se a subsunção não for possível porque se dá um problema de princípios (isto é apreciado na primeira fase), é necessário ponderar na seguinte fase para, em um terceiro momento, voltar para subsumir, porque a ponderação se encaminha à formulação de uma regra que, nesse caso concreto, permite eliminar ou adiar um dos princípios para dar passagem a outro que opera como a premissa normativa de uma submissão.

O caráter valorativo e a margem de discricionariedade que comporta o juízo de ponderação são evidentes. Todo o processo argumentativo requer distintas valorações porque os princípios, segundo Comanducci (1999, p. 74 et seq.), não diminuem, mas, sim, incrementam a indeterminação do direito. Mas a ponderação não deve estimular a introdução de um subjetivismo exacerbado, nem deve converter-se em um método vazio, porque, embora não garanta a existência de uma só resposta para todo caso prático, sim nos indica para onde deve dirigir-se a argumentação: quando se fixa um enunciado de preferência a favor de um princípio ou de outro, terá que justificar o grau de sacrifício ou de afetação de um bem para obter a satisfação de outro bem em conflito.

R. Alexy (1993, p. 157) responde às objeções de irracionalidade e subjetivismo (que sempre precisam ser matizadas) com as seguintes palavras: “valem na medida em que com elas se infira que a ponderação não é um procedimento que, em cada caso, conduza exatamente a um resultado. Mas não valem na medida em que delas se infira que

a ponderação não é um procedimento racional ou é irracional”.

Essa nova teoria das fontes, afastada do legalismo, pretende introduzir o problema dos princípios, e de uma teoria de interpretação reforçada, nem puramente mecanicista, nem puramente discricionária, em que os riscos da interpretação constitucional sejam conjurados mediante a argumentação jurídica.

## 6. Desafios do Constitucionalismo europeu do presente

Um dos desafios que o atual Direito Constitucional europeu deve enfrentar é conhecer a dimensão constitucional dos Estados membros da União Européia – atualmente vinte e cinco – no marco do processo federalizante, no qual estamos imersos, que começou na década dos anos cinqüenta e segue seu processo evolutivo de ampliação (Cf. MANGAS MARTÍN, 2005). Consolidada a União Econômica, pretende-se avançar para a União Política, embora esta, depois dos recentes fracassos dos referendos francês e holandês, tenha entrado em crise. Também deve ser destacado que os Estados atuais se desmembram, verticalmente, tanto para cima<sup>NT</sup> quanto para baixo<sup>NT</sup>, e cada vez mais perdem cotas de soberania (poder) porque as competências que transferem a favor do funcionamento de órgãos supranacionais, ou das entidades políticas que surgem dos processos de descentralização, obrigam a entender que está ocorrendo um deslocamento das fontes do direito fora de seus confins, com a correspondente debilitação das Constituições Nacionais. Diante desses processos, cabe propor uma integração jurídica e institucional, no plano horizontal, para complementar a integração econômica e política. Sem dúvida,

<sup>NT</sup> Quando, por exemplo, cede o exercício de certas competências à União Européia.

<sup>NT</sup> Como no caso espanhol que descentraliza o poder, transferindo determinadas competências às Comunidades autônomas.

isso, necessariamente, conduz a uma “Teoria da Interconstitucionalidade” que se ocupa das relações interconstitucionais a fim de evitar os conflitos entre várias constituições ou entre vários poderes constituintes concorrentes no mesmo espaço político. Essa teoria traz a inovadora criação de uma “rede de Constituições” de Estados soberanos e as turbulências que, na organização interna dos estados constitucionais, originam-se por causa do funcionamento das instituições dessa organização supranacional de caráter internacional (Cf. GOMES CANOTILHO, 2003, p. 92)<sup>32</sup>.

Talvez possa pensar-se em um constitucionalismo sem Estado à altura de espaços supra-estatais aos que lhes deslocaram centros de poder e de tomada de decisões: tratar-se-ia do constitucionalismo europeu e do constitucionalismo internacional que podem coadjuvar a limitar, legitimando os novos poderes (Cf. FERRAJOLI, 2003, p. 22 et seq.).

O paradigma que nos pode servir, por sua proximidade, é o da União Européia em que tramita, embora não com poucas dificuldades, o processo de ratificação de um Tratado Constitucional por parte dos Estados membros conforme seus respectivos procedimentos internos. Esse projeto, que agora está em crise, incorpora em sua Parte II, à maneira da parte dogmática de uma Constituição normativa, a Carta Européia dos Direitos Fundamentais, que foi solenemente proclamada em Nice no dia 7 de dezembro de 2000. Nessa Carta, ao lado dos clássicos direitos civis e de liberdade, abundam os direitos sociais ou de terceira geração. No momento a aplicação da Carta está nas mãos dos operadores públicos, especialmente dos órgãos judiciais que são os encarregados de aplicar o direito da União, sobretudo dos juízes nacionais. A norma que assegura seu valor jurídico é o artigo 6,2 do T.U.E. que reclama como princípios gerais do Direito Comunitário os Direitos Fundamentais resultantes das tradições constitucionais comuns dos Estados membros (Cf. CRUZ VILLALÓN, 2004).

Os princípios de primazia e de aplicação direta (criados pelo Tribunal do Luxemburgo, que funciona, sem sê-lo, a modo de Tribunal Constitucional na Europa unida na diversidade) são de cumprimento obrigatório em todos os países que formam parte de dita organização supranacional porque, do contrário, “se perderia o caráter comunitário e o fundamento jurídico da própria comunidade” (Sentença Costa/Enel de 15 de julho de 1964). Mas, esses princípios que estão na essência da Comunidade e de seu funcionamento e que pretendem ser positivados no (ainda Projeto) Tratado Constitucional não impediram os Tribunais Constitucionais – sobretudo nos casos alemão e italiano – proibirem a incorporação aos seus ordenamentos de normas em conflito com as Constituições nacionais. Para eliminar essa antinomia (que se produz em um sistema de soberanias em concorrência no qual a questão de “quem decide” não está resolvida (POIARES MADURO, 2003), seria conveniente a ancoragem da validade das fontes comunitárias e da jurisprudência do Tribunal de Justiça com sede em Luxemburgo, em uma tabela de Direitos ao menos tão abundante como as das Constituições Nacionais. Isto é o que se pretende com a Carta de Nice que leva uma lacuna de muitos anos de existência. Essa Carta e sua inclusão no Tratado Constitucional supõem um notável avanço, mas não oferecem a melhor solução, pois esta requer uma refundição total dos poderes da União desterrando o princípio de colaboração de funções e uma mais clara e precisa distribuição de competências entre as instituições européias e os Estados membros mais próximos ao modelo federal que não é aceito, em seus termos mais corretos, pelos comunitaristas<sup>33</sup>.

Se se quer construir um Estado de Direito Europeu, deve-se seguir um caminho inverso ao realizado pelos Estados de Direito nacionais, pois o constitucionalismo não vai completar ao Estado Legislativo de Direito, mas, sim, operar como seu pressuposto. Quando existir a Europa política com a in-

tegração constitucional da União Europeia, será possível promover formas de integração e de unificação mais avançadas como alternativa à tendência predominante de formação de um Direito Comunitário jurisprudencial que, de forma muito confusa, mistura-se com o ordenamento dos Estados membros (a questão prejudicial contida no artigo 234 do T.U.E. é o instrumento jurídico posto a disposição dos juízes nacionais para resolver os conflitos entre o Direito Comunitário e o Direito Interno) (Cf. FIGUERUELO BURRIEZA, 1985; 2002).

A perspectiva é ainda mais longínqua no que se refere a um constitucionalismo internacional, esboçado na Carta da O.N.U. e em outras Declarações e Convenções Internacionais de Direitos Humanos, atualmente em questionamento pelo recurso à guerra para solucionar os conflitos internacionais. Assim, diante do vazio do Direito Público representado pela globalização, a perspectiva de garantias para a paz e direitos humanos representa a única alternativa a um futuro de guerra, violência e criminalidade que ameaça gravemente as democracias ocidentais (Cf. BALDASSARRE, 1999 et seq.; FERRAJOLI, 2003; LUCIANI, 1999; ZOLO, 2000).

### 7. Conclusão

Ao longo da história, o Estado jurisprudencial deu lugar ao Estado Legislativo de Direito e este, ao Estado Constitucional de Direito. O maior desafio que enfrenta este último modelo consiste em permitir o surgimento de um direito ampliado ao plano supranacional, que, partindo das formas e garantias clássicas do constitucionalismo, aporte-nos um novo modelo de constitucionalismo e de esfera pública supra-estatal. Para que isso seja possível, faltam os elementos essenciais de qualquer Estado: povo europeu, sociedade civil, e esfera pública europeia. Nos textos normativos vigentes, tampouco se verificam com nitidez os princípios que sustentam o moderno constitui-

cionalismo: princípio democrático, princípio liberal e princípio da supremacia constitucional (Cf. RUIPÉREZ ALAMILLO, 2000, 2003; VEGA, 1983, 1988).

Se o que se disse for certo, também é verdade que poderemos encontrar a legitimidade que esse projeto necessita na igualdade de todos no marco das liberdades e nos direitos fundamentais e sociais, entendidos como limites e vínculos diante das leis e dos atos de governo expressos nas maiorias contingentes. A igualdade dos direitos é a melhor garantia de proteção de todas as diferenças de identidade pessoal e da redução das desigualdades materiais. Vendo os outros como iguais, maturará o sentido comum de fazer parte de um grupo social e da identidade coletiva de uma comunidade política, fundada no respeito recíproco, rechaçando as intolerâncias geradas pelas identidades étnicas, nacionais, religiosas ou lingüísticas (Cf. BOBBIO, 1991; DWORKIN, 1995; FERRAJOLI, 1999; HABERMAS, 2000; NAVARRO, 2002; PRIETO SANCHÍS, 1990; RIDÃO, 2002; RUIPÉREZ ALAMILLO, 2005; SARTORI, 2001).

### Notas

<sup>1</sup> Sobre esse assunto, podem resultar esclarecedoras as idéias de Rubio Llorente, F. na voz: "Constitucionalismo" no vol. I da obra coletiva "Temas de Derecho Constitucional" (ARAGÓN REYES, 2001). Também as opiniões de Prieto Sanchís, L. em "Neoconstitucionalismo" no "Diccionario de Derecho Constitucional" (CARBONELL, 2002).

<sup>2</sup> Cf. os trabalhos publicados sobre este tema na obra: "Neoconstitucionalismo (s)" (CARBONELL, 2003) e em especial para o aspecto que desenvolvemos no ensaio Cf. L. Prieto Sanchís: "Neoconstitucionalismo y ponderación judicial", (2003b, p. 123-158). Do mesmo autor deve, ainda, ser consultada a obra: "Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales" (PRIETO SANCHÍS, 2003, p. 101-136) e dentro dela o capítulo que faz referência ao "Neoconstitucionalismo y sus implicaciones".

<sup>3</sup> Consultem-se os trabalhos da obra antes citada, dirigida e coordenada por M. Carbonell (2003): "Neoconstitucionalismo (s)", destacando, na nossa opinião, os trabalhos de R. Alexy (2004; 1993),

Ferrajoli (1999; 2003), Prieto Sanchís (2002), Guastini, Gayon e Moreso (2003).

<sup>4</sup> Com caráter geral, podem resultar ilustradores os trabalhos publicados por Rubio Llorente, F. e Jiménez Campo, I: “Estudios sobre jurisdicción constitucional”, (MCGRAW-HILL, 1998). Bastante interessante o trabalho que se ocupa da “Jurisdicción Constitucional en España” (MCGRAW-HILL, 1998, p. 1-29). Na mesma linha, mas com um desenvolvimento mais exaustivo a obra de F. Fernández Segado (2004). Ainda, o trabalho de L. Favoreau (1994). Trata-se de um pequeno livro no qual o professor francês desenvolve acertadas reflexões a respeito da regulação, na Europa, da jurisdição constitucional. Aborda, entre outras questões, os aspectos do sistema de justiça constitucional criado por Kelsen em 1920, e na seqüência analisa os distintos sistemas europeus adotados após a Segunda Guerra Mundial. Analisa, inclusive, a singularidade do sistema francês, que o autor, não sem certo otimismo, encontra similitudes com o resto dos modelos europeus. Isto é, em nossa opinião, muito prematuro pois, para que aconteça o que se sustenta, é necessária uma mudança de natureza do órgão vigilante e ao mesmo tempo a ampliação de suas competências. Quem elabora um diagnóstico certo da jurisdição constitucional européia, suas influências e diferenças com o modelo difuso americano e o modelo concentrado idealizado por Hanz Kelsen é Eduardo García de Enterría (1981) na sua obra, pioneira na Espanha, e de grande repercussão doutrinária posterior entre os estudiosos espanhóis. Uma versão inicial deste trabalho tinha aparecido em 1979 na obra coletiva de IV Volumes: *La Constitución Española y las Fuentes del Derecho*. Madrid: DGCE, Serviço Jurídico do Estado.

<sup>5</sup> Sobre essa idéia de Estado de Direito como ordenamento jurídico no qual os poderes públicos têm uma fonte e uma forma legal, pode consultar-se a obra de Hanz Kelsen (1979). A respeito das diferenças entre o direito pré-moderno, de formação não legislativa – mas sim jurisprudencial e doutrinária –, e o Estado legislativo de direito, são de interesse as idéias que expõe L. Ferrajoli em seu trabalho: “Pasado y futuro del Estado de Derecho”, na obra coletiva: “Neoconstitucionalismo (s)” de M. Carbonell (2003, p. 13 et seq.). As diferenças entre o modelo de constitucionalismo inglês e o europeu continental são explicadas por J.J. Gomes Canotilho (2003) em função de dois paradigmas diferentes de poderes constituintes: um “institucional”, como a Itália, Alemanha ou Espanha, e outro “não institucional” como acontece no Reino Unido. No paradigma institucional, a norma fundamental é constituída como norma individual (no que se refere ao seu objeto) referido a determinado ou a determinados atos constituintes; no paradig-

ma não institucional, a norma fundamental é constituída como norma geral e é a competência reclamada por e para todos os atos de certa natureza. Cf. Canotilho (2003, p.91 et seq.). Neste ponto o autor segue as idéias de M. Galvão Teles (2000).

<sup>6</sup> Cf. a respeito o breve, mas denso, ensaio que apareceu nos inícios do constitucionalismo espanhol cujo autor é E. García de Enterría (1981) que, sem lugar a dúvidas, contribuiu para que as gerações de jovens estudiosos desta disciplina aprendessem os significados do valor normativo das Constituições rígidas do ocidente democrático.

<sup>7</sup> Nesse sentido são ilustradoras as idéias de E.W. Böckenförde (2000), obra na qual o autor relaciona o Estado, o Direito e a Democracia partindo da idéia de que a liberdade externa não está fora do Direito e a função pacificadora deste pressupõe a existência do Estado como instância de poder que pode eliminar a violência de uns seres humanos sobre outros. Quando o Estado elabora as normas, deve procurar também a legitimação material destas para que sejam obedecidas voluntariamente, bem como eficazes no âmbito social. A democracia é um princípio constitucional acompanhado de um desdobramento dogmático pelas conseqüências que dela se desprendem para a organização e funcionamento do Estado.

<sup>8</sup> Sobre as transformações institucionais sofridas nos últimos tempos pelo Estado de Direito, pode consultar-se com caráter amplo a pesquisa de L. Prieto Sanchís (1998).

<sup>9</sup> Nessa monografia, o autor expõe uma série de doutrinas que, em épocas distintas, tomaram a Constituição como objeto próprio. Sobre o ponto concreto que tratamos no texto, são ilustrativas as idéias de E. García de Enterría (1981, p. 56 et seq.).

<sup>10</sup> Também G. Jellinek (1954) destaca como única característica essencial das Leis constitucionais sua superlegalidade formal; por isso, sustenta que a Constituição “não tem significação jurídica prática naqueles Estados que não têm formas especiais para sua adoção e modificação...”.

<sup>11</sup> Estas idéias, muito melhor desenvolvidas e com um conteúdo bem mais amplo, podem ser conferidas em M. Fioravanti (2001, p. 71 et seq.).

<sup>12</sup> Entre os autores espanhóis, essa mesma idéia de Constituição é acolhida por García Pelayo (1953, p. 33 et seq.).

<sup>13</sup> As idéias de Ihering foram acolhidas na obra de Kägi (1945, p. 41 et seq.).

<sup>14</sup> Esclarecedora nesse ponto, pela contundência da fundamentação, é obra de P. de Vega García (1985).

<sup>15</sup> Nesse ponto concreto, seguimos as idéias acolhidas E. García de Enterría (1981, p. 50 et seq.). Também estão muito bem documentadas as páginas dedicadas a esse tema por J. Ruipérez Alamillo (2000).

<sup>16</sup> As idéias inovadoras de Kelsen (1988) em torno do sistema de proteção por si criado devem ser consultadas no seu trabalho traduzido para o espanhol “La Garantía Jurisdiccional de la Constitución. (La Justicia Constitucional)” reunidos no volume coletivo: H. Kelsen (1988).

<sup>17</sup> É abundante a bibliografia sobre este tema. A respeito, podem ser consultados os trabalhos de F. Rubio Llorente (1977). O trabalho que citamos se encontra nas páginas 155 et seq. Ainda: Zagrebelsky (1977); M. Cappelletti (1973); H. Fix Zamudio (1968); F. Fernández Segado (2004). Em uma linha de idéia similar: L. Pegoraro (1998); D. Rousseau (2002). Concretamente para o caso espanhol Cf. a obra coletiva L. Aguiar de Luque y P. Pérez Tremps (2002).

<sup>18</sup> Sobre o assunto, Cf. as idéias de M. Fioravanti (2001). Diz, ainda, o Tribunal Constitucional español (arts. 159-165 de la C.E. y L.O.T.C. de octubre de 1979): “...la distinción entre poder constituyente y poderes constituidos no opera sólo en el momento en el que se establece la Constitución. La voluntad y la racionalidad del poder constituyente objetivizados en la Constitución no solo fundan la Constitución en su origen, sino que fundan permanentemente el orden jurídico estatal y presuponen un límite a la potestad del legislador”. Essa sentença foi acolhida por F. Tomás y Valiente (1996, p. 38).

<sup>19</sup> A respeito, Cf. as opiniões de M. Fioravanti (2001, p. 142 et seq.). Também, E. García de Enterría (1981, p. 59 et seq.).

<sup>20</sup> Com caráter geral, Cf. o nº 1 da revista “Derechos y libertades” do Instituto *Fray Bartolomé de las Casas*. Fevereiro-outubro de 1993. Madrid: Universidad Carlos III no qual se aborda monograficamente, o tema “Concepto y problemas actuales de los derechos humanos”. Também o breve, mas profundo, ensaio de N. I. Osuna Patiño (1995). Imprescindível, ainda, a obra de E. W. Böckenförde (1993). Mais extenso e magistral é o trabalho de R. Alexy (1993, 2004); A. E. Pérez Luño (1988); M. Kriele (1982); G. Peces Barba (1980); P. Lucas Verdú (1984); F. Fernández Segado (2003).

<sup>21</sup> Sobre este tema, a doutrina espanhola é muito abundante. Com caráter geral, Cf. nosso trabalho (FIGUERUELO BURRIEZA, 1990); J. González Pérez (1984); V. Gimeno Sendra (1988).

<sup>22</sup> Cf. o opúsculo, de extraordinário conteúdo sobre esse ponto em concreto, de Otto Bachof (1963). Trata-se de um discurso que o autor proferiu na Universidade de Tubinga em 1959, ocasião em que tomou posse no cargo de reitor.

<sup>23</sup> Termo criado pela doutrina alemã e introduzido na Espanha por M. García Pelayo (1978). Em ordem similar de idéias Cf. M. Aragón Reyes (1985). Também: J. Habermas (1987).

<sup>24</sup> Sem ânimo de exaustividade, destacamos entre as numerosas obras escritas pela doutrina espa-

nhol com caráter geral: J. Almagre Nosete (1989); N. González Deleito (1980); E. Linde Paniagua (1995); Ferreres Comella (1997); A. Pérez Gordo (1982); N. Pérez Serrano Jáuregui (1990); El Tribunal (1981).

<sup>25</sup> Para o caso espanhol, com caráter geral, consultem-se os seguintes clássicos coletivos: “El Tribunal Constitucional” (EL TRIBUNAL, 1981); “El Poder Judicial” (RIDRUEJO, 1983). “Incidencias de la Constitución en las normas aplicables por los Tribunales de Justicia” (INCIDENCIAS, 1985). “Crisis de la Justicia y reformas procesales” (CRISIS, 1988). “R.E.P. nº 7, monográfico sobre garantías constitucionales” (1979).

<sup>26</sup> Questão que, de forma reiterada, todos os autores que se ocupam do tema se vêem obrigados a enfrentar. Cf. entre outros E. García de Enterría (1981, p. 137 et seq.). Ainda: O. Bachof (1963, p. 35 et seq.).

<sup>27</sup> Do mesmo autor: “Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung”, publicado em 1929, no qual de forma categórica, afirma: “una expansión sin inhibiciones de la justicia no transforma al Estado jurisdicción, sino a los Tribunales en instancias políticas. No conduce a juridificar la política, sino a politizar la justicia. Justicia Constitucional es una contradicción en los términos” (SCHMITT, 1929).

<sup>28</sup> Já no que diz respeito à visão norte-americana e sobre o caso do Tribunal Warren que comentamos (período 1953), Cf. A. Cox (1970). Também: B. Schwartz (1980); J. Pollack (1979); L. Levy (1912).

<sup>29</sup> Cf. sobre este ponto o trabalho de O. Bachof (1963, p. 50 et seq.). Nesse mesmo sentido: E. García de Enterría (1981, p. 177 et seq.).

<sup>30</sup> Também, na mesma linha diz Forsthoff (1959, p. 41 et seq.) que o importante trabalho do juiz se deve a que os conceitos de valor e outros conceitos jurídicos indeterminados são definidos e concretizados com sucesso pelos operadores judiciais por meio de uma jurisprudência destinada a delimitar e a plasmar valores e princípios constitucionais que remetam aos preceitos éticos extralegais e a conteúdos culturais ou a elementos sociais e econômicos variáveis.

<sup>31</sup> Sobre esse ponto, são de consulta obrigatória: L. Ferrajoli (2003); J. J. Moreso (2003); S. Pozzolo (2003) e A. García Figueroa (2003).

<sup>32</sup> O autor se fundamenta na estimulante proposta de F. Lucas Pires (1997, p. 18) e de Paulo Rangel (2000) em “Uma Teoria da Intercontextualidade, Pluralismo e Constituição no pensamento de Francisco Lucas Pires.

<sup>33</sup> A doutrina sobre este ponto é vastíssima. A título de exemplo, podemos citar: J. Martín y Pérez de Nanclares (2003); A. Mangas Martín (2003); P. Andrés y Saenz de Santamaría (2003); G. C. Rodríguez Iglesias (2003).

## Referências

- AGUIAR DE LUQUE, L.; PÉREZ TREMP, P. (Coord.). *Veinte años de jurisdicción constitucional en España*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002. (Derecho Comparado).
- ALEX, Robert. *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, 2004.
- \_\_\_\_\_. *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción de Garzón. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ALMAGRE NOSETE, José. *Justicia constitucional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989.
- ANDRÉS, P.; SANTAMARÍA, Saenz de. Hacia una constitución europea: comentarios sobre los trabajos de la convención. *Revista General de Derecho Europeo*, Madrid, n. 1, 2003.
- ARAGÓN REYES, M. *Constitución y democracia*. Madrid: Tecnos, 1987.
- \_\_\_\_\_. *Libertades económicas y estado social*. Madrid: MacGraw-Hill, 1985.
- BACHOF, Otto. *Jueces y constitución*. Madrid: Cuadernos Taurus, 1963.
- BALDASSARRE, A. La sovranita dal cielo a la terra. In: \_\_\_\_\_. *Mateamorfofis de la sovranita; tra stato nazionale e ordinamenti guirucid mondinali*. Pisa: Cazzaniga, 1999.
- BOBBIO, Norberto. *El tiempo de los derechos*. Madrid: Sistema, 1991.
- BÖCHENFÖRD, Ernst-Wolfgang. *Estudios sobre el estado de derecho y la democracia*. Traducción de Rafael de Agapito Serrano. Madrid: Trotta, 2000.
- CAPPELLETTI, M. *El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado*. Bolgna: Il Mulino, 1973.
- CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo (s)*. Madrid: Trotta, 2003.
- COMANDUCCI, P. Principios jurídicos e indeterminación del derecho. In: NAVARRO, Bouzat; ESANDI, L. M. (Ed.). *Interpretación constitucional*. Bahía Blanca: Universidad Nacional del Sur, 1999.
- COX, A. *The warren court*. Chicago: The University of Chicago Press, 1970.
- CRISIS de la justicia y reformas procesales. Madrid: Centro de publicaciones del Ministerio de Justicia, 1988.
- CRUZ VILLALÓN, Pedro. *La constitución inédita: estudios ante la constitucionalización de Europa*. Madrid: Trotta, 2004.
- DERECHOS Y LIBERTADES. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, n. 1, fev./out. 1993.
- DWORKIN, Robert. *Los derechos en serio*. Madrid: Ariel, 1995.
- EISENMAN, CH.; HAMON, L. La jurisdiction constitutionnelle en droit français: 1875-1961. In: VERFASSUNGSGERICHTSBARKEIT in der gegenwart. Berlin: Max-Planck-Intstitut, 1961.
- EL TRIBUNAL constitucional. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1981.
- FAVOREU, Louis. *Los tribunales constitucionales*. Barcelona: Ariel, 1994.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico español y como fuente de todos los derechos*. Milano: Universita Católica del Sacro Cuore, 2003.
- \_\_\_\_\_. *La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano*. México: Instituto de Investigações Jurídicas, 2004. (Estudos Jurídicos, n. 64).
- FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Madrid: Trotta, 1999.
- \_\_\_\_\_. Pasado y futuro del estado de derecho. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo (s)*. Madrid: Trotta, 2003.
- FIGUERUELO BURRIEZA, A. Acotaciones al tema de las relaciones entre el derecho comunitario y el derecho interno. *Revista de Economía Política*, Madrid, n. 45, 1985.
- \_\_\_\_\_. Cuestión prejudicial (artículo 177 del T.C.E.E.) y recurso de amparo. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad complutense*, Madrid, n. 8, 2002.
- \_\_\_\_\_. *El derecho a la tutela judicial efectiva*. Madrid: Tecnos, 1990.
- \_\_\_\_\_. *En torno a las garantías del sistema parlamentario español*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1993.
- FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la anti-güedad a nuestros días*. Traducción de Manuel Martínez Neira. Madrid: Trota, 2001.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional*. México: Instituto de Investigaciones jurídicas, 1968

- FORSTHOFF, Ernst. *Die öffentliche Verwaltung*. Berlín: [s.n.], 1959.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*. 3. ed. Madrid: Civitas, 1981.
- GARCÍA FIGUEROA, A. La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo (s)*. Madrid: Trotta, 2003.
- GARCÍA PELAYO, M. *Derecho constitucional comparado*. Madrid: Alianza, 1953.
- GASTON-MARTIN. *Les jacobins*. París: Puf, 1949.
- GIMENO SENDRA, V. *Constitución y proceso*. Madrid: Tecnos, 1988.
- GOMES CANOTILHO, J. J. *Teoria da constituição*. Madrid: Instituto de Direitos humanos Bartolomé das Casas, 2003.
- GONZÁLEZ DELEITO, N. *Tribunales constitucionales: organización y funcionamiento*. Madrid: Tecnos, 1980.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J. *El derecho a la tutela jurisdiccional*. Madrid: Civitas, 1984.
- HABERMAS, J. *Historia crítica de la opinión pública: la transformación estructural de la vida pública*. Barcelona: GG Mass Media, 1987.
- \_\_\_\_\_. *Más allá del estado nacional*. Madrid: Trotta, 2000.
- HÉLLER, H. *Gesammelte Schriften*. Leiden: Stad Macht, 1971. 2 v.
- INCIDENCIAS de la constitución en las normas aplicables por los tribunales de justicia: segundas jornadas de derecho judicial. Madrid: Presidencia del Tribunal Supremo, 1985.
- JAHREISS, H. *Die rechtspflege im bonner grundgesetz*. Verhandltes: Deutschen Juristentages, [19-?].
- JELLINEK, George. *Teoría general del estado*. Traducción de Fernando de los Ríos. Buenos Aires: Albatroz, 1954.
- JUAN MORESO, José. Conflictos entre principios constitucionales. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo (s)*. Madrid: Trotta, 2003.
- KÄGLI, Werner. *Die verfassung als rechtliche grundordnung des staates*. Zürich: [s.n.], 1945.
- KELSEN, Hans. *Escritos sobre la democracia y el socialismo*. Madrid: Debate, 1988.
- \_\_\_\_\_. *Teoría pura del derecho*. México: UNAM, 1979.
- KRÜGER: *Grundgesetz und Kartellgesetzgebund*. [S.l.: s.n.], 1950.
- LACHARRIERE, R. de. Opinión disidente. *Pouvoirs*, Seuil, n. 13, 1980.
- LEVY, Leonard. *The supreme court under earl warren*. New York : Quadrangle Books, 1912.
- LINDE PANIAGUA, E. *Constitución y tribunal constitucional*. Madrid: Civitas, 1995.
- LOEWENSTEIN, K. *Teoría de la constitución*. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1970.
- LUCIANI, M. *La costruzione giuridica della cittadinanza europea*. Pisa: Cazzaniga, 1999.
- MANGAS MARTÍN, A. *La constitución europea*. Madrid: Iustel, 2005.
- \_\_\_\_\_. Reflexiones en torno al proceso de constitucionalización de la integración europea. In: HOMENAJE a Juan Manoel Castro-Rial Canosa. Madrid: Trotta, 2003.
- MANZELLA, A. *Il parlamento*. Bologna: Il Mulino, 1997.
- OSUNA PATIÑO, N. I. Apuntes sobre el concepto de derechos fundamentales. *Temas de Derecho Público*, Bogotá, n. 37, 1995.
- PEGORARO, Lucio. *Lineamenti di giustizia costituzionale comparata*. Torino: G. Giappichelli, 1998.
- PÉREZ GORDO, A. *El tribunal constitucional y sus funciones*. Barcelona: Bosch, 1982.
- PÉREZ LUÑO, A. E. *Los derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos, 1988.
- PÉREZ ROYO, Javier. *Curso de derecho constitucional*. Madrid: Pons, 2003.
- \_\_\_\_\_. *Tribunal constitucional y principio de división de poderes*. Madrid: Tecnos, 1988.
- PIRES, Francisco Lucas. *Introdução ao direito constitucional europeu*. Coimbra: Almedina, 1997.
- PRIETO SANCHÍS, L. *Ley, principios, derechos*. Madrid: Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, 1998.
- \_\_\_\_\_. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003a.
- \_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel. (Coord). *Diccionario de derecho constitucional*. México: Porrúa, 2002.
- \_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo (s)*. Madrid: Trotta, 2003b.
- POIARES MADURO, M. Las formas del poder constitucional de la Unión Europea. *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, n. 119, 2003.

- POLLACK, J. *Earl warren: the judge who changed America*. Englewood Cliffs: Prentice-Hall, 1979.
- POZZOLO, S. Un constitucionalismo ambiguo. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo (s)*. Madrid: Trotta, 2003.
- RANGEL, Paulo. Uma teoria da interconstitucionalidade: pluralismo e constituição no pensamento de Francisco Lucas Pires. *Themis*, Coimbra, a. 1, n. 2, 2000.
- REVISTA DE ECONOMÍA POLÍTICA. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, n. 7, 1979.
- RIDRUEJO, Luis Pastor. *El poder judicial*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1983.
- RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C. La constitucionalización de la Unión Europea. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Madrid, n. 16, 2003.
- ROUSSEAU, Dominique. *La justicia constitucional en Europa*. Tradução de Isabel Ortiz Pica. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. El contrato social. In: \_\_\_\_\_. *Escritos de combate*. Madrid: Alfaguara, 1979.
- RUBIO LLORENTE, Francisco. Constitucionalismo. In: ARAGÓN REYES, Manuel. (Coord.). *Temas de derecho constitucional*. Madrid: Civitas, 2001.
- \_\_\_\_\_. ¿La constitución en crisis?: el estado constitucional democrático y social en los tiempos del neoliberalismo tecnocrático. *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, n. 120, 2003.
- \_\_\_\_\_. *La Constitución europea y la teoría del poder constituyente*. Madrid: Biblioteca Nueva, 2000.
- \_\_\_\_\_. *La forma del poder*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- \_\_\_\_\_.; JIMÉNEZ CAMPO, I. *Estudios sobre jurisdicción constitucional*. Madrid: McGRAW-Hill, 1998. (Ciencias Jurídicas).
- \_\_\_\_\_. Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional en Europa. In: \_\_\_\_\_.; JIMÉNEZ CAMPO, I. *Estudios sobre jurisdicción constitucional*. Madrid: McGRAW-Hill, 1977.
- RUIPÉREZ ALAMILLO, J. J. *El constitucionalismo democrático en los tiempos de la globalización*. México: UNAM, 2005.
- \_\_\_\_\_. La constitución en crisis?: el estado constitucional democrático y social en los tiempos del neoliberalismo tecnocrático. *Revista de Estudios Políticos*, n. 120, 2003.
- \_\_\_\_\_. *La constitución europea y la teoría del poder constituyente*. Madrid: Biblioteca Nueva, 2000.
- SANTAOLALLA LÓPEZ, F. *Derecho parlamentario español*. Madrid: Nacional, 1984.
- SERRANO JÁUREGUI, N. Pérez. *El tribunal constitucional*. Madrid: 1990.
- SCHMITT, Carl. *La defensa de la constitución*. Madrid: Tecnos, 1983.
- \_\_\_\_\_. *Teoría de la constitución*. Madrid: Alianza, 1992.
- SCHMITT, K. *Das reichsgericht als hüter der verfassung*. [S.l.: s.n.], 1929.
- SCHWARTZ, B. *A commentary on the constitution of the U.S.: the powers of government*. New York: Macmillan, 1963. 1 v.
- \_\_\_\_\_. *Los diez mejores jueces de la historia norteamericana*. Tradução de E. Alonso. Madrid: Civitas, 1980.
- SOLÉ TURA, J.; APARICIO, M. *Las cortes generales*. Madrid: Tecnos, 1984.
- TELES, Galvão. Temporalidade jurídica e constituição. In: MIRANDA, Jorge. *Nos 20 anos da constituição de 1976*. Coimbra: Coimbra, 2000.
- TOMÁS Y VALIENTE, F. *Constitución: escritos de introducción histórica*. Madrid: Marcial Pons, 1996.
- VEGA GARCÍA, Pedro de. *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Madrid: Tecnos, 1985.
- VEGA, P. de. Constitución y democracia. In: \_\_\_\_\_. *La constitución de la monarquía parlamentaria*. Madrid: FCE, 1983.
- \_\_\_\_\_. Mundialización y derecho constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual. *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, n. 100, 1988.
- VERDÚ, Lucas. *Estimativa y política constitucionales: los valores y los principios rectores del ordenamiento constitucional español*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 1984.
- WENGLER, W. *Der begriff des politischen im internationalen recht*. [S.l.: s.n.], 1956.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos y justicia*. Tradução de M. Gastón Abellán. Madrid: Trotta, 1995.
- \_\_\_\_\_. *La giustizia costituzionale*. Bologna: Il Mulino, 1977.
- ZOLO, D. *Cosmópolis: perspectivas y riesgos de un gobierno mundial*. Barcelona: Piados, 2000.